p[er]sona

P O R

DON MANVEL DE SANTILLANA, Cauallero del Orden de Santiago, y Regidor de Valladolid, como hijo, y heredero de Don Benito de Santillana y Hoyos, ſu padre.

C O N

D. IOSEPH DE LOZANO Y VERO, como conjunta perſona de Doña Maria Antonia de Hermoſilla, acreedor a los bienes concurſados de Don Andres de Hermoſilla.

S O B R E

LA REQVISITORIA DE EMBARGO DESPACHADA por eſta Real Audiencia, a pedimiento del dicho Don Ioſeph Loçano, y contra el dicho Don Manuel de Santillana, en las pagas de la deuda que a ſu fauor otorgaron, y contraxeron por eſcritura de tranſaccion Doña Beatriz de Oualle, y Don Iuan Antonio de Hermoſilla ſu hijo, haſta en cantidad de 4U. reales de vellon, que Don Benito de Santillana ſu padre debio al dicho Don Andres de Hermoſilla.

PONDRE EL HECHO, PORQVE EN SV CLARIDAD, y circunſtãcias, junto con la diſtincion de los tiempos en q̃ ſe otorgaron las eſcrituras concernientes a èl, conſiſte la euidencia del derecho de las partes, ſegun el comun dicterio de la ley ex plagijs 52. §. incliuo, ff. ad leg. Aquil.

N. 1 DON Benito de Santillana se constituyò deũdor por Dõ Antonio de Santillana su hermano, residente en Indias, à fauor de Don Andres de Hermosilla, por 4Џ. reales de vellon, de que otorgò escritura en Madrid el año de 1639. Està en estos autos a folio 14.

N. 2. El año de 1641. el dicho Don Benito de Santillana dio poder al dicho Don Andres de Hermosilla para que en su nombre sacasse, y cobrasse de las arcas de la Casa de la Contratacion desta Ciudad 3Џ. pesos de plata doble, que le embiò de Indias el dicho Don Antonio de Santillana su hermano, y con efeto los cobrò. Y por no auer querido pagar al dicho Don Benito, le executò por ellos en virtud de las certificaciones de la entrega, y del recibo que diò dellos el dicho Don Andres, el qual en los diez dias de la oposicion que hizo a la dicha execucion, entre otras excepciones, opuso la de la compensacion de los 4Џ. reales de vellon, presentando la escritura que el dicho Don Benito le auia hecho de pagarselos, fol. 26. Sentenciose la causa de remate, condenando al dicho Don Andres a la paga de lo que constó debia: y en quanto a la compensacion, y escritura de los 4Џ. reales, se le reseruò su derecho. Todo lo referido consta de los autos de dicha execucion a fol. 38. Y para esforçar mas la excepcion de compensacion opuesta, ademas de la escritura, presentò en el termino de los dichos diez dias vna carta missiua del dicho Don Benito de Santillana, reconocida por su poder habiente, en la qual le dezia que le cobrasse los dichos 3Џ. pesos, y se pagasse de los 4Џ. reales de vellon que le debia. Esta carta se hallarà a fol. 29. y sobre todo cayò la sentencia de remate referida.

N. 3. Y viendose el dicho Don Andres de Hermosilla en este aprieto, por escusar la distracion de sus bienes, y la extorsion, y molestias del rigor de vn mandamiento de apremio, solicitò hazer transaccion con el dicho Don Benito, de que se otorgò escritura el año de 1642. que està a fol. 737.

de la qual consta, que el dicho Don Andres de Hermosilla, y su muger Doña Beatriz de Oualle se obligaron insolidum, y de mancomun a pagar al dicho Don Benito la cantidad de su deuda, que eran 18ʒ883. reales de plata doble, su plaço a fin de Abril de 1644. o antes si llegassen los Galeones que se estauan esperando, difiriendo la prueua de auer llegado al juramento del dicho Don Benito: con aduertencia que los 4ʒ. reales de vellon que le debia el dicho Don Benito, se auian de baxar, y pagar al dicho Don Andres al tiempo de la paga de los dichos 18ʒ883 reales de plata. Hipotecò la dicha Doña Beatriz de Oualle, con especial hypoteca de sus bienes dotales, cinco pares de casas en la Villa de Moclin, y vnas tierras.

N.4. Y auiendose cumplido el plaço desta escritura de transaccion, sin auer pagado, ni cumplido los deudores, fueron executados ante vno de los Alcaldes del Crimen de la Ciudad de Valladolid, en virtud de la clausula de sumission contenida en dicha escritura: y se despachò Requisitoria de execucion para la Iusticia Ordinaria desta Ciudad año de 1644. y se dio cumplimiento, y se hizo la execucion, y embargos en bienes de los deudores. Consta del testimonio presentado con dicha relacion por la parte del dicho Don Ioseph Loçano, que se mandò dar por esta Real Audiencia, cuyo testimonio con relacion de autos diò el Escriuano ante quien passaron en esta Ciudad de Seuilla, que està a fol. 746. hasta fol. 752.

N.5. Y el año de 1650. se diò principio a la forma del concurso de acreedores a los bienes del dicho Don Andres de Hermosilla, como consta del fol. 42. a la bueltá, que se siguiò entre otros acreedores con el dicho Don Benito de Santillana, o sus herederos, en virtud de la sentencia de remate que a su fauor se diò en la primera execucion, hecha contra el dicho Don Andres de Hermosilla, y sus bienes, en virtud del recibo de los 3ʒ. pesos, y certificaciones de la Real Casa de la Contratacion, en que graduan a Don Benito en virtud de dicha sentencia de remate de los autos executiuos: consta a fol. 515. sin que en dicho concurso la parte del dicho Don Benito se valiesse, ni presentasse los autos de execucion fecha el año de 1644. en virtud de la referida escritura de transaccion, por

tener

tener clausula de poder vsar a vn tiempo, o de los autos executiuos, o de la dicha escritura de transacciõ, como consta de ella a fol. 746. y en la sentencia de graduacion deste concurso tuuo el primero lugar Doña Beatriz de Oualle por su dote, y el segundo el dicho Don Ioseph Loçano por su muger, y en el quarto lugar el dicho Don Benito de Santillana, por su deuda, como consta del fol. 515. y con efecto fue pagada la dicha Doña Beatriz de Oualle.

N.6. Y es tambien constante, que en veinte y tres de Abril de el año passado de 1664. se presentò ante Don Francisco de Monçon, Alcalde del Crimen de la Chancilleria de Granada, vna Requisitoria despachada por otro Alcalde de la de Valladolid, para citar de remate al dicho Don Andres de Hermosilla, y a la dicha Doña Beatriz de Oualle su muger, prosiguiendo la via executiua que se trabò en los bienes de los susodichos obligados en la dicha escritura de transaccion; y dicha Requisitoria se aceptò, y fueron los reos citados de remate. Y por parte de los dichos reos se diò peticion ante el dicho Don Francisco de Monçon, pretendiendo reformacion del auto de cumplimiento de dicha Requisitoria, y que se auia de retener, y quando no huuiera lugar a esto, se auia de remitir a la Real Audiencia de Seuilla, por ser el instrumento otorgado el año de 1643 y por estar deducido por el dicho Don Benito de Santillana en el concurso de acreedores a los bienes del dicho Don Andres de Hermosilla en dicha Ciudad, y estar graduado en quarto lugar; y assi mismo presentò testimonio del concurso, y sentencia de graduacion, y otro testimonio con insercion de las probanças hechas por parte de la dicha Doña Beatriz de Oualle, pretendiendo auer sido forçada para el otorgamiento de dicha escritura, y el traslado de vna protesta, y otro testimonio de la sentencia en que fue dada por libre la dicha Doña Beatriz de las obligaciones que huuiesse hecho juntamente con su marido: y auiendose alegado, y respondido por parte del dicho Don Benito se concluyò este articulo.

N.7. Y en 15. de Iulio de 1664 el dicho Don Francisco de Monçon mandò por su auto, que dicha Requisitoria se remitiesse a la Ciudad de Valladolid, y apelo la dicha Doña

Bea-

Beatriz, y por autos de vista, y reuista de la Real Chancilleria de Granada se confirmò dicho auto, y dicha Requisitoria se remitio a la dicha Ciudad de Valladolid, a donde la dicha Doña Beatriz de Oualle se opuso a dicha execucion, alegando de su justicia, y se la encargaron los diez dias, y concluso el pleyto se sentenciò la causa de remate, mandando hazer trance, y remate en todos sus bienes, y en los especialmente hypotecados por los 18U883. reales de plata doble, con que se baxen, y desquenten los 4U. reales de vellon de que auia sido deudor el dicho Don Benito de Santillana.

N. 8. Y estando executandose la Requisitoria de pago, despachada para la Iusticia Ordinaria de la Ciudad de Granada, donde estaua la dicha Doña Beatriz, y sus bienes, en consequencia de la sobredicha sentencia de remate, que està en estos autos a fol. 793. y en este testimonio, con relacion de todo lo referido, se hallarà tambien lo antecedente en el versiculo de arriba, porque se haze relacion sucessiuamente en èl. Y estandose pregonando los bienes: por parte de la dicha Doña Beatriz se presentò vna Requisitoria de los señores Regente y Oydores desta Real Audiencia de Seuilla, para que las Iusticias de dicha Ciudad de Granada se inhibiessen del conocimiento de la causa que se siguiere contra el dicho Don Andres de Hermosilla de pedimiento de Don Benito de Santillana, y ni procedan en el que se trata contra la dicha Doña Beatriz de Oualle, y sus bienes, por la obligacion que la susodicha hizo a fauor del dicho Don Benito, y que todo se remita a esta Real Audiencia, para que el dicho concurra en el dicho cōcurso con los demas acreedores. Y en dicha Requisitoria vino tambien inserta la protesta, y otros autos tocātes a dar por libre a la dicha Doña Beatriz de las obligaciones otorgadas por ella con su marido: y por su parte se pidiò cumplimiento de dicha Requisitoria, y reformacion del auto de cumplimiento del apremio, y que se remitiessen los autos originales a esta Ciudad, y se mandò dar traslado, y por vna, y otra parte se alegò, y concluyò sobre dicha remission: y por autos de vista, y reuista se executorio en la Real Chancilleria de Granada, no auer lugar la dicha remission, fol. 729.

N. 9. Y despues de lo referido procurò la dicha Doña Beatriz embaraçar la execucion de dicho apremio, excitando otro concurso antiguo; y por la Real Chancilleria de Granada se mandò

tomar

tomar quenta al Administrador que era del dicho concurso, fol. 729. Y como en la verdad estaua extinguido, no se atreuiò a seguir esta trampa: y procurò por ruegos, y intercessiones tratar de composicion, pidiendo treguas, quiza para fraguar este nueuo embaraço, que sin temeridad se puede presumir por los lances referidos; y en efecto el dicho Don Manuel de Santillana, como heredero de su padre se apiadò, y reduxo a hazer nueua transaccion, obligandose la dicha Doña Beatriz de Oualle, y su hijo Don Iuan Antonio de Hermosilla a pagarle dos mil y quatrozientos ducados, en que entran las costas, y salarios que causò la persona que el dicho Don Manuel tuuo en Granada a su costa mas de año y medio, a la cobrança, y defensa deste pleyto, pagados en quatro años: consta a fol. 730. reduziendose a esta tan corta cantidad el principal, costas, y salarios de su deuda, que con la estimacion de la plata montaua mas de 49U400. reales. Esta vltima transaccion, con todos los lances que se han referido, se halla en el fol. 793. donde està el testimonio en relacion que lo comprehende todo.

Y apenas començò a cobrar el dicho Dõ Manuel de Santillana los primeros plaços desta escritura, quando sale Don Ioseph Loçano por su muger (que es prima del dicho Don Iuan Antonio de Hermosilla, y sobrina de la dicha Doña Beatriz, que no sin misterio se declara este parentesco, porque no parezca temeraria la presuncion de arriba;) y presentandose en esta Real Audiencia, dize; que en el concurso a los bienes de Don Andres de Hermosilla, segun la sentencia de graduacion, se halla graduado oy en primero lugar, y que estando graduado en el quarto lugar Don Benito de Santillana, y siendo deudor de 4U. reales de vellon al dicho concurso por obligacion que auia presentada en èl, a fauor del dicho Don Andres de Hermosilla, en la qual tenia antelacion; y hypoteca, por la obligacion general que el dicho Don Andres auia hecho a su muger, y que esta duraua, y subsistia oy, por no auerla compensado, ni extinguido el dicho Don Benito con su credito, antes bien la ratificaua, y confessaua en la escritura de transaccion que se otorgò en el año de 1643. por el dicho Don Andres, y su muger, por los dichos 18U883. reales de plata, a cierto plaço, como està arriba referido, cuyo tenor se hallarà a fol. 752. y que respeto de que la segunda, y vltima transaccion, en cuya virtud pretende cobrar el dicho Don

Ma-

Manuel su deuda, se funda en la escritura antecedente, donde el dicho Don Benito confessò ser cierta la deuda de los dichos 4U. reales, en la qual tenia anterioridad por su grado, se le auia de despachar Requisitoria de embargo para que los dichos Don Iuan Antonio, y Doña Beatriz de Oualle no pagassen los 4U. reales referidos al dicho Don Manuel de Santillana: y dicha Requisitoria se despachò, y en su virtud se hizo el embargo, y se citò al dicho Don Manuel de Santillana, y oy pretende que se ha de alçar el dicho embargo, sin embargo de las razones que alega, y en que se funda la parte contraria.

N. 10. Aunque he procurado ceñirme en el hecho, no he podido escusarme de su prolixidad, porque los lances son continuados, y de treinta años, y el processo de casi mil hojas, y la justicia de mi parte consiste en la inteligencia dél, y distincion de tiempos.

N. 11. Supuesto el hecho deste pleyto, y la distincion de tiempos en que se otorgaron las dichas escrituras, y circunstancias dél, y su integra, y verdadera relacion ajustada a los autos, como se podrà verificar por los folios; el punto de Derecho consiste en aueriguar si la escritura en que Don Benito de Santillana se obligò a pagar a Don Andrés de Hermosilla los 4U. reales (sobre que se ha hecho el embargo referido) se compensò ipso iure por la deuda de los 3U. pesos que el dicho Dō Andres contraxo el año de 1640. a fauor del dicho Don Benito, ò si se extinguiò el año de 1641. por la excepcion de compensacion de los dichos 4U. reales que el dicho Don Andres opuso en el pleyto executiuo que contra él siguiò en esta Real Audiencia el dicho Don Benito, por los dichos 3U. pesos, ò si quedò compensada la dicha cantidad en la escritura de transaccion que otorgaron el año siguiente de 1643. el dicho Don Andres, y su muger Doña Beatriz de Oualle, a fauor del dicho Don Benito, obligandose a pagarle para fin de Abril del año siguiente 18U883. reales de plata, declarandose en ella que los dichos 4U reales de que era deudor el dicho Don Benito, los auia de pagar al dicho Don Andres quando él le pagasse los referidos 18U883. reales de plata, por ser cierta, y no litigiosa la dicha deuda. Y si la parte del dicho Don Manuel de Santillana, como hijo, y heredero del dicho Don Benito, probasse que en qualquiera de los tres referidos tiempos se compensò, y extinguiò la dicha deuda, quedarà omnino desuanecida la pretension del dicho D. Ioseph Loçano,

por auerse hecho en tiempo habil, y quando el deudor lo estaua para cobrar, y pagar, sin auer se formado concurso a sus bienes, y ambos deudor, y acreedor con buena fè, y sin que se reconociesse (en los largos, y reñidos pleytos que tuuieron) otro acreedor mas que el dicho Don Benito de Santillana; hasta que nueue años despues de lo referido, q̃ fue el año de 1650. se diò principio al concurso, fol. 47. ¶ Para explicarme con claridad diuidirè este papel en Articulos, procurando su consequencia: y porque serà tan fauorable como legitima, la que se sacare de la resolucion de la primera propuesta, serà esta la materia que se dispute en el primero Articulo.

ARTICVLO PRIMERO.

N. 12. SIendo la duda de este primero Articulo, vtrum la escritura de los 4ꝧ. reales que Don Benito de Santillana debia a Don Andres de Hermosilla, se compensò ipso iure por la deuda de los 3ꝧ. pesos que el dicho Don Andres contraxo con el dicho Don Benito, y a su fauor el año de 1640. (despues de suponer que ambas deudas eran exigibles, y compensables) parece que la prueua deste punto pendia de la resolucion illius celebris ac vexatæ quæstionis, *an compensatio ipso iure, an ope exceptionis inducatur*. Pero aunque no me detenga en ella por la breuedad del tiempo que se me ha dado para escriuir este papel, me serà precisso remitirme a solos aquellos Autores que la trataron ex professo, sacando en limpio el comun sentir de todos, y sus limitaciones.

AFFIRMATIVA SENTENTIA.

N. 13. LA parte afirmatiua se prueua con muchos textos, & vnum pro cunctis apponam expressum absque vlla cauillatione l. si constat 4. C. de compensationib. cuius principialia verba sunt hæc: *Si constat pecuniam inuicem deberi: ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab vtraque parte debetur*, l. fin. C. eod. l. verum 4. ff. eod. sequitur hàc partem Tindarus post Martinum relatum ab Accursio in d. l. si constat. in suo tract. de compensation. artic. 6. per tot. 2. part. tract. DD. qui acriter, & solidissimis rationibus affirmat, hanc

esse

esse veriorem opinionem, & satisfacit contrarijs. Afflict. decis. 121. qui asserit esse communem, & Concilium Sacrum Neapolitanum secundum eam iudicasse. Alexand. Trentacinq. variat. lib. 3. tit. de compensation. num. 24. qui referendo verba legis si constat, ponderat verb. *Oportet*, concludit quod licet fiat compensatio ipso iure, requiritur obiectio partis. Hugo Donel. comment. tit. 16. cap. 15. qui dicit ab eo tempore, quo obijci potuit exceptio compensationis est admittenda, id est, quando cæpit debitor esse creditor, quod interst ad tollendas vsuras, & ad vitandam distractionem pignorum, & pœnam vel conuentionalem, vel statuto appositam. Hijs accedit Cuiacius lib. 8. obseru. cap. 16. & lib. 15. cap. 12. ad tit. de compens. in vers. *Male*. Y por ser del mismo sentir reprehende a Acurs. por las limitaciones que pone a esta regla general de la l. si constat. & in decissionib. Genuens. decis. 4. num. 22. Bart. in dict. l. diuortio, ʃ. ob donationes, sol. matrim. ibi: *Quod compensatio perimat debitum ipso iure.* Et paulo post, ibi: *Cum enim ius prædictum effectus perimendi debitum ipso iure inducat, nihil opus est facto hominis.* Scacia in tractatu de commerc. ʃ. 2. gloss. 5. num. 424. neruissime hanc sententiam defendit, & eodem connatu Gaitus de credit. cap. 4. quæst. 7. ex num. 352. quos sequitur Carleu. de iudit. tom. 2. tit. lib. 1. tit. 3. disput. 27. per totum.

NEGATIVA SENTENTIA.

N. 14. NEgatiuæ sententiæ sectatores, qui eam tuentur, sunt Castill. tit. 4. controu. cap. 40. à num. 110. qui eam tamquam veriorem amplectitur dict. num. 110. vers. *Secunda vero*, licet cum certis limitationibus, videlicet ob tollendas vsuras, & pignorum distractionem, & ob vitandam pœnam ex communi omnium sententia, num. 112. ibi: *Ex communi*, plures referens Petrus Barbos. in l. si diuortio, ʃ. ob donationes, ff. sol. matrim. num. 31. vers. *Intellige*, ibi: *Posse iudicem ex officio compensationem inducere.* Et in hoc differt compensatio ab alijs exceptionibus, quod cæteræ elidunt actionem: at vero compensatio vbi est opposita ipso iure perimit actionem, ante quam sententia iudicis feratur, l. fin. C. de compens. ʃ. bonæ fidei, instit. de action. Sebast. de Medic. 1. part. quæst. 21. in tract. de compensationib. resoluit, quod licet compensatio fiat ipso iure, siue inducatur

quoad

quoad ortum vel natiuitatem, indiget facto hominis. Cæsar Vrsil. in Scholijs ad decis. Afflict. 121. dicit esse communem fieri ipso iure a tempore quo opponatur, & allegetur exceptio compensationis. Vincent de Franch decis. 53. num 2. ibi: *Compensatio fit ipso iure à die oppositionis*. Gaspar Rodrig. de ann. redd. lib. 2. quæst. 18. num. 10. & 13. Thom. Corner. lib. 19. tit. de compẽs. cap. 3. Pater Molin. de iust. & iur. disput. 560. Surd. consil. 246. num. 27. tom. 2. vbi dicit quod *Compensatio parte opponente inducitur ipso iure á die oppositionis, non ante, & ibi infert, quòd sicuti debitor cesus potest soluere cedenti antequam sibi sit notificata cessio, vel factum aliquod ex contentis in l. 3. C. de nouation. ita etiam potest compensare*. Et in cons. 82. num. 29. & latius in decis. 117. per totam. Hondedeo consil. 38. num. 15. lib. 2. Thusc. tom. 1. littera C. conclus. 493. Anton. Fab. ad tit. de compens. definitione 4. qui dat iudicibus formam pronunciandi super exceptione compensationis, l. in diem, §. rationem de compẽs. Noguerol alleg. 40. num. 67. Castillo controuers. dict. cap. 40. & erudite Salgad. in lab. 2. part. cap. 28. ferè per totam, qui alleg t Gratianum, & alios plures. Larrea decis. 87 hactenus de negatiua sententia.

De las doctrinas, y sentencias de tantos, y tan insignes DD. de nuestra Iurisprudencia, que con tanto estudio, y desvelo han disputado, y apurado pro vtraque parte esta question, he de sacar vna conclusion tan cierta, y verdadera, que nadie la contradiga, que ha de ser la vasa, y fundamento del derecho que assiste al dicho Don Manuel de Santillana, que es la que se pondrà al fin del numero siguiente.

N. 15. Si la resolucion desta question saliera a fauor de la parte afirmatiua, no necessitaua de otro argumento para conuencer á la parte de Don Ioseph Loçano, que pretende como acreedor hypotecario tener derecho in hoc nomine debitoris, videlicet en la obligacion de los 4U. reales, por dezir que adhuc non est extincta per compensationem: y si esta se admitiera ipso iure absque hominis facto, lo estuuiera desde que Don Andres de Hermosilla, acreedor de la dicha cantidad, se hizo deudor del dicho Don Benito de Santillana de los 3U. pesos, pues desde entonces auia quedado extincta, y compensada la dicha obligacion, y consiguientemente la accion hypotecaria en què se funda la parte contraria, originada ex generali obligatione bono-

rum

rũm debitoris in suo fauore facta, ex communi omnium sentẽtia, vt tenet Garleu. disput. 27. tom. 2. num. 3. & Salg. part. 2. cap. 28. num. 11. & sequentib. & Latius 3. part. cap. 1. ex num. 128. & part. 2. cap. 27. ex num. 36. ex regula vulgari resoluto iure dantis resoluitur ius accipientis, l. lex vectigali 31. ff. de pignor. l. inter stipulantem, §. sacram de V. O. Noguerol, alleg. 19. ex num. 46. Auendaño de censib. cap. 55.

N. 16. Y aunque me estaua tan bien q̃ esta sentencia fuera la cierta, y de todos recebida, por ser sus fundamentos textos expressos, y razones, y autoridades de tan insignes DD. que respondieron con euidencia a las objecciones contrarias, no solo por los antiguos, sino es tambien de los modernos, que con tanto empeño la siguen, y defienden, dexandola en su buen credito, no me valdrè absolutamente della, porque me basta para el caso presente la sentencia de todos los DD. que siguen la contraria opinion, pues nemine discrepante afirman, que aunque la compensacion no se admita ipso iure absque facto hominis, tamen parte opponente, ab illo instanti induci ipso iure compensationem, & simul asserunt oppositionem necessariam non esse, quando agitur de vitandis cursu vsurarum, & pignorum distractione, pœna statutaria vel conuentionali. Itaque ex vnanimi omnium sententia talis, & indubitabilis inducitur conclusio: *Compensatio inducitur ipso iure ad impediendum cursum vsurarum vel distractionem pignorum debitoris, vel ob vitandam pœnam statuti, vel conuentionalem, & si opponatur à parte, suos effectus operatur ab illo oppositionis instanti.*

N. 17. Desta indubitable, y verdadera conclusion se prueua, quòd hoc debitoris nomen idest, la obligacion de los 4U. reales que debia a Don Andres de Hermosilla Don Benito de Santillana, se extinguiò eo ipso, que el dicho Don Andres se hizo deudor de los 3U. pesos del dicho Don Benito, porque (como consta de la carta missiua presentada en estos autos a fol. 29. y reconocida fol. 26.) el dicho Don Benito de Santillana, deudor de los dichos 4U. reales, escriue a su acreedor Don Andres que le cobre los 3U. pesos, y se haga pago de los 4U. reales que le debe, y el resto se lo remita en letra a Madrid. Y en virtud deste orden, y con poder del dicho Don Benito cobrò los dichos 3U. pesos el dicho Don Andres ¶ No hallo que falte circunstancia ninguna a este caso, para que dexe de auer obrado la compensacion sus

efectos ipso iure. Porque el aver cobrado los 3U. pesos el dicho Don Andres, ni lo niega la parte contraria, ni pudiera negarlo, pues lo confiessa judicialmente el dicho Don Andres, y consta de su recibo, y testimonio de los Contadores de la Real Casa de la Contratacion desta Ciudad, en cuya virtud fue executado, y condenado en la sentencia de remate, fol. 38. La voluntad de Don Benito de querer extinguir la deuda de los 4U. reales, y pagarsela al dicho Don Andres, es expressa, y clara, por lo que dize en su carta, de que cobre los 3U. pesos, y se haga pago. Y averlos cobrado el dicho Don Andres haze evidencia con la execucion del orden de averse pagado de su deuda, pues no puede presumirse en derecho que queriendo pagar el deudor a su acreedor, y cediendole el nomen debitoris, y deuda que a el le deben para que se satisfaga, y en virtud desta cession, mandato, y poder averla cobrado con efecto, dexase de satisfazerse, ex textu in l. pecuniam 79. de solution. l. singularia, de reb. cred. Thuscus tom. 1. conclus. 493. num. 5. littera C. ibi: *Quia ubicumque creditor administrat bona sui debitoris præsumitur fructus sibi ipsi soluisse, & fecisse, quod fecisset diligens pater familias*. Y en este caso referido no ay compensacion, porque fue verdadera solucion, pues en virtud del mandato de Don Benito, deudor de los 4U. reales, cobrò el acreedor Don Andres de Hermosilla los 3U. pesos, aviendole consignado en ellos la paga de los dichos 4U. reales: es texto expresso la l. obsignation. C. de solution. ibi, *Parit libertationem, si solutio fuerit celebrata*. Y es tan cierta esta Doctrina, que no ay Autor que lleue lo contrario, o siendo cession in solutum, o consignacion de la paga, porque es de Castillo, tom 5. cap. 77. per tot. qui, ut assolet, plures cumulat authoritates, & probat Salg. in labyrint. 1. part. cap. 10. pluribus iuribus, & fundamentis, y su question, y duda solo cae sobre si dum non est facta solutio, & debitum non exactum, an periculum decoctionis debitoris cessi, aut delegati cedat aduersus cedentem vel consignantem, aut aduersus cessionarium aut consignatarium? At vero solutione facta non venit in controuersiam quin debitor liberetur ab illo instanti solutionis ut patet ex iuribus, & authoritatibus relatis.

ARTICULO SEGUNDO.

N. 18. EN este Articulo se ha de probar (como sino lo estuuiera en el primero) que la dicha escritura de los 4U. reales

se

se extinguiò el año de 1641. por la excepcion de compensacion que de la dicha cantidad opuso en el juyzio executiuo el dicho Don Andres de Hermosilla contra el dicho Don Benito, que le executò por los 3U. pesos referidos. Del fol. 7 destos autos se prueua, y consta auerse despachado mandamiento executiuo contra Don Andres, fol. 13. presenta la escritura, y pide se ajuste la quenta, baxandole del principal, los dichos 4U. reales, fol. 21. alega agrauios, y buelue a insistir en que se le han de baxar los 4U. reales, y alega, que el auer cobrado los dichos 3U. pesos en virtud del poder del dicho Don Benito, fue solo para hazerse pago de los dichos 4U. reales, y se refiere al orden que le da en la carta missiua, presentada, y reconocida, fol. 27. y fol. 29. y en el fol. 26. se opone a la exucucion, presenta instrumentos, y opone la excepcion de compensacion en forma. Siendo esta narratiua tan cierta que resulta destos autos, y tan euidente, y clara la conclusion arriba referida, sacada de la comun, y vnanime resolucion de todos los DD. que hablan desta materia, en que podrà fundar la parte contraria su pretension? Oygamos sus alegatos. El primero fol. 716. y el segundo fol. 802. en el primero dize, que no obrò efecto ninguno la excepcion de compensacion opuesta en la via executiua, por quanto el Iuez en la sentencia de remate, fol. 38. hizo reserua della. Y pareciendole que esta escritura de los 4U. reales, por la dicha reserua quedaua poco firme, y segura, se vale de la escritura de transaccion, otorgada el año de 1643. que cayò, y comprehendiò todos los autos executiuos referidos, como della consta, fol. 737. por quanto en ella se obligaron los dichos Don Andres, y su muger Doña Beatriz de Oualle, de pagar al dicho Don Benito 18U883. reales de plata, para fin de Abril del año siguiente de 1644. ibi: *Con declaracion, que los 4U. reales que el dicho Don Benito de Santillana Hoyos debe pagar a mi el dicho Don Andres, por vna escritura presentada en el dicho pleyto, y conforme a la sentencia de remate en èl dada, se han de pagar, y satisfazer al dicho Don Andres en moneda de vellon, al tiempo, y plaço que hiziere la paga de los dichos 18U883. reales de plata, por ser como es cierta esta partida, y no auer sobre ella litigio.* Estas son formales palabras que corresponden al fol. 752. y ha sido necessario copiarlas a la letra, porque desta clausula, y sus palabras quiere la parte contraria probar, que adhuc subsistit hoc debitoris nomen, diziendo en su primero

alegato, que por la confession que en ella haze el dicho Don Benito de que debe los dichos 4U. reales, y que esta deuda es cierta, y sin litigio, se confirmo, y aprobò la dicha escritura desta mesma cantidad, presentada en el pleyto executiuo por el dicho Don Andres de Hermosilla, y en que fundaua la excepcion de compensacion que opuso, porque auiendo el Iuez reseruadole su derecho en la sentencia de remate por la dicha confession, quedò cierta, y sin litigio la dicha deuda. Y la consequencia que saca desta ilacion, es, que debe traerse al concurso la dicha deuda, hecho de los bienes del dicho Don Andres, en que se halla graduado en primer lugar, y que por esta razon a el se le deben pagar los dichos 4U. reales.

N. 19. Para que se vea quan sin fundamento de derecho discurre la parte contraria, y quan poco legitima es su consequencia, se he de conuencer con los mismos fundamentos de q̃ se vale. Dize lo primero, que por la reserua que el Iuez hizo de la dicha escritura, aunque el dicho Don Andres opuso en juyzio la excepciõ de compensacion, no quedo hecha, ni obrò sus efectos. Y esta consequencia es falsa, y contraria al sentir de todos los DD. nemine discrepante; y la legal, y verdadera ex communi omnium opinione, es, que por la reserua que el Iuez hizo de la compensacion obrò sus efectos ipso iure desde el instante que se opuso por la parte, porque quedò ilesa, y salua la dicha escritura mediante la reserua, sin que pueda obstar la excepcion de cosa juzgada text. expressus in l. in diem, ff. si rationem de compens. cuius hæc sunt verba: *Si rationem compensationis Iudex nõ habuerit, salua manet petitio nec ei rei iudicatæ exceptio obijci potest.* Pero si el Iuez la reprobara, declarando que la deuda no se debia secus erit dicẽdum. Assi prosigue el consulto: *aliud dicam si reprobauerit pensationem quasi non existente debito, tunc enim rei iudicatæ nocebit exceptio.* Y esta ley dà forma a los Iuezes para pronunciar in articulo compensationis vt tenet Ant. Fab. ad tit. de compens. defin. 4. ibi: *Quia si compensatio á parte opponatur, & non sit liquida, nec prout tunc probabilis, non reprobetur á iudice, sed ratio tantum compensationis, vt postea probata non officiat opponenti*; & tenet Surd. loc. cit. Tho Corn. lib. 19. tit. 6. de cõpens. c. 5. in fin. Hug. Donel. lib. 16. comm. cap. 15. in columna finali dum ponderat verba eiusdem legis, ibi: *an rationem compensationis Iudex non habuerit, idest, an ita reiecerit compensationem quasi ipsi in eo casu non sit*

locus, an vero reprobauerit compensationem quasi non existente debito, idest an admissa cognitione, de compensatione inquisierit, an debitori vicissim quid debeatur, & tandem repudiata, quasi ei nihil deberetur, condemnarit: in priore casu saluam manere petitionem, quia nec rei iudicatæ exceptio obijci potest nihil Iudex de debito quod vocatur impensationem, iudicauit, quia nec de eo cognouit: posteriore casu non manere: tunc enim rei iudicatæ exceptio debitori nocet, vtpote in eo debito de quo Iudex pronunciauit, absoluit eum, à quo dicebatur deberi. Con harta euidencia queda conuencida la parte contraria con el mesmo fundamento de que se vale.

N. 20. Esto se haze mas euidente con el segũdo fundamento con que pretende esforçar su derecho la parte contraria, diziendo, que se ratificò la deuda, y escritura de los 4U. reales, por la confession que Don Benito hizo en la escritura de transaccion, y yo se lo confiesso, porque auiendo opuesto la excepcion de compensacion desta escritura, y deuda el dicho Don Andres en la execucion que le hizo el dicho Don Benito, y el Iuez reseruadola, quedo ilesa, y salua, y con la ratificacion probada la dicha deuda, y consiguientemente compensada à die oppositæ exceptionis, sin que la obste excepcion de cosa juzgada, por no la auer reprobado, sino reseruado el Iuez nam compensatio retrotrahitur non ante oppositionem sed à die oppositæ exceptionis Salgad. 2. part. cap. 28. num. 22. in laber. ibi: *Compensatio ex tunc extinguit actionem, & obligationem à die quo compensatio fuit opposita, & nõ antea,* Surd. decis. 117. num. 5. & est communis, & vnanimis sententia omnium DD. Luego quedò compensada, y extinguida la dicha deuda desde el dia que se opuso la dicha excepcion, y esta es mas legitima consequencia que la que saca el contrario de la ratificacion de la escritura, y reserua que hizo el Iuez della. Y aunque la huuiera reprobado, obrara sus efectos ipso iure à die oppositæ exceptionis vt tenet Tindar. dict. art. 6. num. 63. ibi: *Quid mirum nam reprobatio fieri potest per iudicem iuste, fortè quia obijciens compensationẽ non habet exactam debiti probationem, de cuius compensatione obijcit, & debitum potest esse verum in se, & sic compensatio inducta est ipso iure, licet non apareat de veritate debiti ad apud homines, quia ius semper est certum de veritate etiam facti, in se, vt tenet textus in l. si pecuniã ff. de cõd. ob causam dat.* l. duo sunt Titij ff. de test. tut. no parece, sino es que estos Autores estauan disputando nuestro caso, pues tan en terminos deciden

den este pleyto a fauor del dicho Don Manuel de Santillana, dando por extincta, y compensada la obligacion de los dichos 4U. reales, desde el dia de la oposicion de la excepcion en el dicho pleyto executiuo, que fue el año de 1641. y nueue años antes que se formasse el concurso del dicho Don Andres, por auerse formado el año de 1650. fol. 42. a la buelta. Con que se desvanece la pretension contraria, que quiere traer a este concurso vna deuda que estaua extinguida nueue antes de formarse.

ARTICVLO TERCERO.

N.21. EN que se ha de probar que se extinguiò la dicha escritura de los 4U. reales con la escritura de transaccion, otorgada el año de 1643 caso negado que no huuieramos prouado con tanta euidencia en los articulos antecedentes estar compensada desde el año de 1640. y 1641.

N 22. La prueua deste tercero Articulo ha de nacer de otro fundamento de que se vale la parte del dicho Don Ioseph Loçano en sus pedimientos, vno fol. 716. y otro 802. en que dize, que la escritura de los dichos 4U. reales, reseruada en la via executiua, de que pidiò compensacion el dicho Don Andres, se confirmò por la escritura de transaccion, otorgada el año siguiente al dicho pleyto de 1643. en la qual el dicho Don Benito de Santillana confiessa deber la dicha cantidad al dicho Don Andres en vna clausula della, cuyas palabras formales se hallaràn en el articulo 2. num. 18. y yo le confiesso tambien que quedò ratificada, y aprouada la dicha deuda por la escritura de transacciõ referida; pero niego la consequencia que saca desta confirmacion, diziendo, que por ella extat debitum, y que se debe traer al concurso los 4U. reales, y yo prueuo della que no se deben traer, por estar extincta la dicha escritura, y deuda, aut virtute veræ solutionis, aut compensationis nueue años antes de auer concurso, vt extat dictum.

N.23. He querido aueriguar la causa porque se ha valido la parte contraria deste fundamento, y discurro que lo haze por no dar valor, y fuerça a la deuda de los 4U. reales, desde el dia, y plaço de la escritura de transaccion. Y assi cum fugit Scylam, incidit in Charybdem; porque la escritura de los 4U. reales, en virtud desta transaccion, o ha de valer desde su principio, o ha de

tener

tener fuerça desde el dia de la ratificacion. Y es indubitable, que retrotrahitur ad initium contractus, textus in l. licet ff. de iudic. l. fin. C. ad Maced. cap. ratihabitionem de reg. iur. in 6. Surd. decis. 245. per tot. Steph. Grat. discept. 667. num. 12 ibi: *Ratifitatio retrotrahitur ad tempus actus gesti.* Tiraquel. de retract. lignag. §. 1. gloss. 10 num. 61. & 66. Caputaq. decis. 180. num. 1. & 2. part. 2. Thuscus tom. 6. littera R. conclus. 21. Bartol. in l. obseruare 4. ff. de offic. Proc. Alex. consil. 78. num. 4. lib. 5. Antonel. de temp. leg. lib. 1. cap. 62. Salgad. 2. part. cap. 22. num. 60. & 67. Y aunque esta Doctrina se limita en dos casos, o quando el contracto que se ratifica es nullo, o quando non est in eodem statu, nec res integra, vt omnes relati, & Decius consil. 246. num. 5. vers. benefacit. Pero ninguna destas limitaciones se verifica en el nuestro caso, pues la escritura de los 4U. reales era valida, & res integra, quia extrema à quo, videlicet ratificationis, & ad quē, idest originis scripturæ erant habilia, & res in suo statu permanebat, vt ex transactione constat, & tenet cum omnibus idem Thuscus loc. cit. num. 22. & 23. y assi se ha de retrotraher ad initium illius contractus, con que auiendo sido valida esta escritura desde su principio, o quedò extincta por la deuda de los 3U. pesos que despues cobrò Don Andres de Hermosilla en nombre del dicho Don Benito, o desde el dia que se opuso la excepcion de compensacion en el pleyto executiuo por el dicho Don Andres.

N. 24. Hasta aqui la parte contraria viendose conuencido con la fuerça, y euidencia de que la compensacion obra sus efectos ipso iure à die oppositæ exceptionis, se valia de aquella sofistica razon, de que por la reserua auian quedado suspendidos sus efectos, y agora no podrà valerse desse asylo, pues por la ratificacion, y retrotaccion quedò la deuda prouada, y exigible, y cōpensable desde su principio, y consiguientemente compensada à die oppositæ exceptionis, sin que aya texto, ni Autor que diga lo contrario (vt extat probatum) ni puede euadirse deste aprieto la parte del dicho Don Ioseph Loçano, negando retrotracion in compensatione, porque en la opinion de los DD. que lleuan absolute, que la compensacion fit ipso iure, exceptio non à die oppositionis, sed ab eo tempore, in quo potuit opponi, compensationem inducit, & si post facto opponatur, tunc venit in controuersiam, an oppositio exceptionis retrotrahatur ad tē-

pus,

pus, in quo potuit opponi. Y los DD. de la negatiua sentencia, dizen, que no se retrotrae nisi ad tollendas vsuras, & ob vitandā pignorum distractionem, los DD. de la afirmatiua dizen se ha de retrotraer ad tempus in quo potuit opponi exceptio. Pero en nuestro caso, que la excepcion està ya opuesta en juyzio, no ay razon de dudar, pues no ay necessidad de fingir retrotacion, y mas quando opuso la excepcion el dicho Don Andres en el juyzio executiuo, porque no le vendiessen sus bienes, id est, ob vitandam pignorum distractionem, y obrò su efecto la compensaciō ipso iure, como lo dizen todos los DD. vnanimes, vt videre est in locis cit. & in terminis Surd. consil. 246. num. 27. ibi: *Compensatio parte opponente inducitur ipso iure, non vero ante oppositionem.* Tuschus dict. litter. C. conclus. 493. Castill. loc. cit. à num. 110. decis. Surdi 117. in illis verb. ex opinione Bennint. ibi: *Quod non retrotrahitur declaratio compensationis, sed effectum sortitur à die oppositionis*, & paulo inferius, ibi: *Quod in pœna, vsuris, & distractione pignorum nihil est speciale in compensatione*, & idem Surd, consil. 82. num. 29. Steph Grat. deciss. 667. num. 12. ibi: *Retrotrahitur compensatio.* Rodrig. de ann. lib. 1. quæst. 13. num. 39. ibi: *Secus esset, si debitor conuentus impediret distractionem suorum bonorum.*

N. 25. Y esto se comprueua mas claramente con el dicho instrumento de la transaccion, porque auiendo sido la causa final de transiguir, quitar las dudas del dicho pleyto executiuo, como consta de la dicha escritura en la clausula donde aprueua, y ratifica el dicho Don Benito la dicha obligacion de los 4U. reales, en que se refiere a los autos executiuos, y sentencia de remate, queriendo los contrayentes que queden en su fuerça, y vigor, fol. 749. a la buelta, ibi: *Dexando en su fuerça, y vigor, y derecho, y aparejado efecto el dicho pleyto executiuo, y sentencia de remate, y todo lo en él contenido, y actuado sin innouar, ni alterar nada.* Como puede dudarse que la confession de la deuda que haze el dicho Don Benito en la transaccion, obra los mesmos efectos que obrara si la hiziera en el pleyto executiuo? Y si entonces confessara la deuda, no ay duda que declarara entonces el Iuez la cōpensacion para vsar della en lo exterior, y lograr las partes interesadas los efectos, que interiormente, id est, ipso iure, auia causado ya, y para este intento es admirable el lugar de Tyndaro, loc. cit. num. 79. ibi: *Quia lex non reponit compensationis ortum in voluntate hominis, sed vsum tantum compensationis orta ipso iure: lex*

vero

vero facit compensationem sine homine, vt homo ea vtatur, vt in dict. l. fin. C. eod. iuncto vers. ita tamen, & in num. 62. ibi: *Inducta tamen compensatione ipso iure, requiritur exceptio, aut oppositio, vt mandetur executioni per iudicem quia alias de ea non posset vaticinari.* Y al mesmo proposito Scacia loc. cit. num 435. ibi: *Declara istam opinionem affirmatiuam, vt sit vera, considerata executione iuris velata, quia in ea non requiritur aliquod factum hominis, seu declaratio iudicis: secus considerata executione iuris aperienda, quia in eius appetitione requiritur factum hominis vel iudicis.* Y es de notar, que aun no he menester tanto como me dan estos Autores para probar mi intento, pues ellos hablan en terminos de no ser necessario que la excepcion se oponga para que la compensacion obre sus efectos ipso iure. Pues que dirian en nuestro caso, donde se opuso con toda solemnidad en vn pleyto executiuo, en que el reo la opone para resguardarse de la molestia de que sus bienes no se vendan, ni pregonen. Y en otra escritura de transaccion, persistiendo en la mesma voluntad el deudor, y acreedor, se conuienen en que la deuda se compense, y extinga.

N.26. De que por la ratificacion de la escritura, y su retrotaccion quedó extincta, y compensada la deuda à die oppositæ exceptionis està bastantemente probado, y que sacó mal su consequencia la parte contraria, pues no ay motiuo juridico que la assista, porque no puede traerse a concurso lo que no ha sido del concurso, por auerse extinguido la obligacion que pretende nueue años antes que se formasse. Y por si mudare de medio en su argumento, queriendo que la ratificacion de la escritura no se retrotraiga ad initium contractus; si no es que tenga la fuerça à die ratificationis, & transactionis, le conuenceré como en lo antecedēte. Tenemos assentado arriba, num. 23. que la ratificacion de contracto que no es nulo, se retrotrae ad tempus contractus; y si es nulo à die confirmationis vim habet. Y siendo la escritura de que vamos hablando tan valida, que la confiessa Don Benito, no solo en la transaccion, sino es tambien en la carta missiua, y reconocida, fol. 29. y della se valiò Don Andres, pues la presentò para probar su excepcion, fol. 26. y fue la que se reseruò en la sentencia de remate, fol. 38. y a la que se refiere Don Benito al tiempo de aprouarla en la clausula de transaccion arriba expressada, num. 18. Y assi no puede tener fuerça, y valor à die ratificationis, sed à die contractus relati in ipsa transactione,

ſactione, ex vulgari textu in auth. ſi quis in aliquo documento, C. de edendo. Y viendo la parte contraria que no le puede aprouechar la ratificacion, quiere valerſe de otro medio, y dize que huuo nouacion; pero el modo con quiere introduzirla no he podido entenderle, ſu peticion lo dirà, fol. 802 ibi: *De que reſultan dos efectos, vno de la ratificacion, &c.* Pero introduzgala como quiſiere, virtute nouationis tiene mas impoſsibilidad ſu intento, pues no la ay: porque la nouacion no ſe haze ſin voluntad de los contrayentes, ex l. fin. C. de nouation. y en la dicha tranſaccion la tuuieron expreſſa de no nouar, como conſta della, y de las palabras, ſupra num. 25. referidas, con que ſe haze indubitable que la ratificacion de la eſcritura ſe retrotrae ad initium contractus, & non ad tempus ratificationis.

N. 27. Menos ſufragarà el derecho de la parte contraria ſi la eſcritura de los 4U. reales ſe retrotaxera ſu valor, y firmeza, al tiempo que la confeſſò el dicho Don Benito en la dicha eſcritura de tranſaccon, pues deſde entonces ſe ha de ſuponer que huuo deuda, y no la auiendo auido antes, no pudo tener adquido derecho alguno virtute ſuæ generalis obligationis, ni la accion hypotecaria, que no puede ſubſiſtir no auiendo materia ſujeta, como eſtà probado.

N. 28. Y ſi pretende la parte contraria auer adquirido la accion hypotecaria deſde aquel inſtante en que el dicho Don Benito confeſſò ſer cierta la deuda de los 4U. reales en dicha eſcritura de tranſaccion, porque entonces fuit cauſatum, & creatum nomen debitoris cui adhæreret actio hypotecaria prætextu clauſulæ ſuæ generalis obligationis? Menos le aprouecharà, porque ſe deſvanece con la meſma eſcritura de tranſaccion, por la qual ſe compenſaron (caſo negado que no lo eſtuuieran a die oppoſitæ exceptionis) los 4U. reales con la deuda de los 18U883. reales, ipſo iure vſque ad concurrentem quantitatem interueniente expreſſa voluntate contrahentium vt ex ipſa eſcriptura patet, & prius fuit per compenſationem extinctum nomen debitoris, quàm in illum ſub intraret ius hypotecæ vt probat Rodrig. de ann. red. lib. 2. cap. 19. num. 7. loquens in confuſione actionis, quæ fit etiam ipſo iure: qui tenet num. 20. quòd prius confunditur actio miniſterio legis, quàm introducatur ius hypotecæ mediante adquiſitione, & in num 21. vtitur ſimilitudine compenſationis, quia in ea verſatur eadem ratio ac in confuſione,

ſione, & concludit quòd in caſibus vbi compenſatio fit ipſo iure, ſi concurrat vno inſtanti cum iure adquirendæ hypothecæ, prius operatur compenſatio ſuum effectum liberationis, quàm cauſetur obligatio hypothecæ, quia ſunt fauorabiliora iura, & promptiora ad abſoluendum, quàm ad ligandum, l. Arrianus 36. de A. & O. & ſic ordine intellectus prioritas in hoc concurſu datur in fauorem liberationis, textus ſingularis in l. ſi poſt mortem in princip. de leg. 1 ibi: *Tunc enim quia in vnum concurrunt, vt hæres exiſtat, & dies legati cedat; probabilius dicitur ad ipſum potius, cui relictum eſt, pertinere legatum, quàm ad hæredem eius, à quo libertatem conſequitur.* Y en eſte caſo no ſe haze perjuyzio a la parte contraria en la compenſacion de los 4ʒ reales, pues no tiene, ni ha tenido jamas derecho adquirido en ellos, y trata de adquirirle de nueuo por la hypoteca, y el dicho Don Manuel de Santillana agit de damno vitando, Fontanel. de clauſ. clauſ. 5. gloſ. 8. part. 7. num. 57. Y el no adquirir la hypoteca que no ha tenido, no es daño, l. quòd autem, quæ in fraud. cred. idem Rodrig. num. 20. verſ. ibi: *At vero in hoc caſu nullum ius quæſitum creditori tollitur, imo creditor per ſucceſsionem vult ius nouum adquirere, & nouam hypothecam inducere.*

N. 29. Haze mas euidente lo que queda dicho, el que ſi la eſcritura de los 4ʒ. reales tiene ſu valor à die ratificationis, deſde entonces adquirio el dicho Don Andres eſta cantidad, & in initio adquiſitionis puede el deudor comun in præiuditium ſuorum creditorum anteriorum apponere conditiones, & pacta ſibi bene viſa, & ſoluere vel compenſare debita cum ſuis poſterioribus creditoribus, idem Rodrig. de ann. lib. 1. quæſt. 14. num. 68. verſ. in contrarium, Salgad. 1. p. c. 10. 1. p. cap. 16. n. 25. 48. & 57. & 1. part. cap. 42. nu. 26. & part. 2. cap. 14. à num. 108. & 113. Neguſant. de pign. 4. part. verſ. quarto quæro num. 33. 34. cum ſeqq. Vincent. de Fr. deciſ. 97. Thuſch. tom. 4. littera H. concluſ. 128. Parlad. in ſeſquinc. diſ. 57. num. 9. Fontanel. de pact. nupt. tom. 2. clauſ. 7. gloſ. 2. part. 8. num. 78. & 79. Gutierrez de tutel. 2. part. cap. 5. à num. 36. Noguerol alleg. 19. num. 39. Pinel. 3. part. in l. 1. C. de bon. mat. ex num. 24. Hermoſ. in l. 4. gloſ. 2. num. 25. & 26. tit. 5. part. 5. tom. 1. l. 1. ʃ. fin. de reb. cor. iuncta l. ſeq. quæ leges ad inuicem aduerſantur, & earum contrarietas adhuc vrget, licet præcitati DD. ex profeſſo conati ſunt conciliare, & precipue Gaitus eas interpretatur in ſuo tra-

ctatu creditor. cap. 4. quæst. 7. ex num. 441. vſque ad 509. adhibita differentia pacti in continenti appoſiti, aut ex interuallo: ſed nouiſſime Olea de ceſſ. iur. tit. 2. quæſt. 2. num. 38. interpretationem Gaiti alienam eſſe dicit à mente Vlpiani, & Pauli earum legum conditorum, & num. 42. ſuum profert intellectum, & ſolutionem, quæ meo videri ita genuina eſt, vt omnes tollat ſcrupulos. Y aunque varien eſtos Autores en las circunſtancias de la inteligencia deſtos textos, todos conuienen en la ſubſtancia de nueſtro caſo, porque la compenſacion ſe hizo vno contextu, & vnico inſtrumento, & abſque vllo temporis interuallo en la dicha eſcritura de tranſaccion, obligandoſe Don Andres de Hermoſilla a pagar los 18U883 reales, y el dicho Don Benito los 4U. reales, a vn miſmo tiempo, y plaço, l. vnuſquiſque 2. l. in diem, l. verum, de compenſ.

N. 30. Y ſi todos los Autores, textos, y doctrinas referidas en todos los numeros antecedentes hablan del deudor concurſado, cuyas acciones eſtàn cedidas a ſus acreedores, & ipſi eſt interdicta adminiſtratio ſuorum bonorum, Salg. in labyrint. 1. part. cap. 14. per tot. cō quanta mayor razon correràn eſtas deciſſiones en nueſtro caſo, quando con buena fee, y ocho años antes de formarſe el concurſo a los bienes del dicho Don Andres, y ſin rezelos de que ſe auia de formar, porque el plaço es para venida de Galeones, donde eſperaua mucha hazienda, y en eſte tiempo tan habil que podia el dicho Don Andres contratar, pagar, y compenſar, y auiendoſe compenſado la dicha deuda tan legitimamente ſin contradicion, ni denunciacion de ningun acreedor, y ſin interuenir ningun requiſito de los que diſpone la l. 3. C. de nouationibus, para que el deudor no pueda pagar, ni compenſar. Explicat erudite Salg. in labyr. 1. part. cap. 27. à num. 45. verſ. nunc tractandum, plures referens, & in num. 50. quartum requiſitum ponit, videlicet, ſcientiæ ceſſionis per debitorem, & diſtinguit num. 52. Surd. dict. conſ. 246. num. 27. & 28. ibi: *Infertur, quod ſicuti debitor ceſſus poteſt ſoluere cedenti antequám ſibi ſit notificata ceſſio, vel factum aliquod ex contentis in dict. l. 3. C. de nouationibus, ita etiam poteſt compenſare.* Y eſtos requiſitos ſe requieren para que la paga, y compenſacion no valga, vt tenet Salgad. in 2. part. labyr. cap. 28. num. 50. Y ſi en eſte tiē po tan habil podia pagar Don Benito, mejor podria compenſar, idem Salg. dict. 2. part. cap. 28. num. 39. quia ſolutio, & compenſatio

pensatio sunt correlatiua, y sin que la parte contraria aya reclamado, ni interpellado al dicho Don Benito (auiendo precedido tantos, y tan dilatados pleytos desde el año de 1639. hasta el de 70. que se formò el concurso) para que no compensasse, ni pagasse al dicho Don Andres, y agora maliciosamente, despues de 30. años que la deuda se extinguiò por la compensacion, pretende que dura illud nomen debitoris de los 4U. reales de Don Benito, quando en la realidad solo dura la deuda del dicho Don Andres de los 3U. pesos que le cobrò al dicho Don Benito, y se los està debiendo 30. años ha, sin auer podido vencer, ni agotar las trampas, y embaraços que sus deudores le han puesto en dos transacciones que con ellos ha hecho, mouido de compassion, y de sus ruegos, pues auiendoles vencido en ambas execuciones, teniendo la espada, y rigor de vn apremio en la mano, no solo les ha dado esperas, sino es tambien baxado mas de la mitad del principal de su deuda, y la correspondēcia desta buena obra es, auer fraguado esta terceria en nombre de Doña Maria Antonia de Hermosilla, prima de Don Iuan Antonio de Hermosilla, y sobrina de Doña Beatriz de Oualle, deudores del dicho Don Manuel: que el parentesco haze sospechosas las tercerias por la presuncion de derecho, Noguer. alleg. 20. num. 170. Menoch. de præsumpt. lib. 3. præsumpt. 124. Mantic. de coniect. tit. 35. num. 21. Farin. de testib. quæst. 54. num. 27. l. in fundo 37. §. censuimus de reiuind. Carleu. de iudit. tom. 2. disp. 11. num. 2. & disput. 12. num. 16. cap. sulcitata de in integ. rest. Salg. de protect. 4. part. cap. 8. à num. 94. & num. 360. Giurba decis. 22. & decis. 62. num. 3. Couarrub. cap. 16. num. 4.

N. 31. De todo lo que se ha dicho consta con euidencia, que la deuda de los 4U. reales quedo extincta, y compensada ipso iure à die oppositæ exceptionis, sin auer Doctor alguno que diga lo contrario. Y la declaracion que los contrayentes hazen della en la escritura de transaccion, de que ha de pagar Don Benito los 4U. reales al plaço, y quando D. Andres pagare los 18U883. no fue mas que vsar, y lograr los efectos que de derecho auia causado ya dicha compensacion, segun los lugares referidos à la letra de Tindaro, y Scacia; pero al intento es singular la l. postea 21. de compensationib. ibi: *Postea quam placuit inter omnes id, quod inuicem debetur ipso iure compensari: si procurator absentis conueniatur, non debebit de rato cauere, quia nihil compensat, sed ab initio*

minus

minus ab eo petitur. Y assi el dicho Don Andres auia ya compensado los 4U. reales con el dicho Don Benito ipso iure quando se hizo deudor de su deudor de los 3U. pesos en la opinion de los DD. que dizen que la compensacion se obra ipso iure absque facto hominis, o desde el instante que la opuso por excepcion en el pleyto executiuo, segun la opinion de todos nemine discrepante. Y assi en esta escritura de transaccion no se haze la compensacion de los dichos 4U. reales que estaua ya hecha ab initio, sino declarase en ella por los contrayentes, que esta cantidad ha de pagar menos el dicho Don Andres de los 18U883. assi lo decide la d. l. postea quam 21. in illis verbis *Debitor nihil compensat, sed ab initio ab eo minus petitur*.

N.32. Y para que se reconozca que este discurso, y ponderacion es tan legitimo como ajustado a la mente, y voluntad de los contrayentes, hemos de ver el motiuo, y causa que tuuieron para transigir, y que fuesse el apartarse del pleyto executiuo, y reduzir a esta transaccion todo lo deduzido en èl (fuera de ser proprio de su naturaleza, vt ex l. causas 16. C. de transactionib. ibi: *Causas vel lites transactionibus legitimis finitas resuscitari non licet*) se prueba expressamente del mismo instrumento, pues en èl se refieren todos los lances de la dicha execucion, mencionando la escritura de los 4U reales, y la excepcion de compensacion, y la reserua que della hizo el Iuez en la sentencia de remate, fol. 746. hasta 752. y clausula de no innouar, ni alterar en nada, antes dexando en su fuerça, y vigor los autos executiuos, y dicha sentencia, para poder vsar dellos el dicho Don Benito, o de la transaccion, o de ambos instrumentos a vn tiempo, sin que se entienda renunciar el derecho del vno por vsar del otro, ni ser contrarios para vsar dellos a vn mismo tiempo; y siendo este pleyto tan inmediato que se siguiò el año de 1642. y la transaccion se otorgo el año de 1643. no puede dudarse que fuesse esta la causa final de los contrayentes, vt tenet Gratiàn. discept. 824. nu. 44. & 45. ibi: *Quia cum sumus in causa coherente transactioni dicitur finalis, Socin, consil. 159. num. 22. Immola in l. 2. §. fin. ff. de donation. cap. post translationem de renuntiatione; maxime quia generaliter respicit totam dispositionem, & ad illam totaliter influit, tunc enim habetur pro causa finali.*

N.33. Siendo la causa final de la transaccion quitar las dudas del dicho pleyto, y no auiendo ninguna sobre los 18U883. reales que

que debia el dicho Don Andres, pues el lo confiessa, y el Iuez le condena a que los pague, solo venia a auerla en la deuda de los 4ꝟ. reales que debia el dicho Don Benito, con que se viene a los ojos manifiesta, y claramente la voluntad de los transigentes, porque el dicho Don Benito en la dicha transaccion quiso mejorar su derecho, y assegurar sus 18ꝟ883. reales, con la fiança, y obligacion in solidum que hizo con Don Andres la dicha Doña Beatriz de Oualle su muger, quedando en su fuerça, y vigor los dichos autos executiuos, y sentencia de remate, y el dicho Don Andres por medio desta transaccion suspender el rigor del mandamiento de apremio, escusandose de la molestia de que le vendiessen sus bienes, y juntamente consiguió la espera de vn año: y ademas, que los 4ꝟ. reales que le debia el dicho Don Benito, reseruados en la sentencia de remate, se le descontassen, y baxassen del principal de los dichos 18ꝟ883. reales, al tiempo, y plaço de su paga.

N.34. Este tan genuino, y literal sentido de la transaccion, y expressa voluntad de los contrayentes, quiere violentar la parte contraria, diziendo en su vltimo pedimiento, fol. 802. que la clausula en que Don Benito confiessa deber los 4ꝟ. reales al dicho Don Andres, y se obliga a pagarselos al plaço, y tiempo que el dicho Don Andres le pagare los 18ꝟ883. es condicional, y que esta condicion se purifica agora quando se le pagan al dicho Don Manuel de Santillana, su hijo, en virtud de la segunda transaccion otorgada a su fauor el año de 1664. por la dicha Doña Beatriz de Oualle, y su hijo Don Iuan Antonio de Hermosilla, y que mediante esta condicion adhuc viuit, & subsistit hoc nomen debitoris, y que assi se ha de traer a este concurso en que se halla graduado en primer lugar. Pondrè las formales palabras de la clausula de dicha transaccion, porque con ellas solas se satisfaze tan ridiculo fundamento. Despues de auerse obligado en esta escritura Don Andres de Hermosilla, y su muger Doña Beatriz de Oualle a pagar al dicho Don Benito de Santillana los 18ꝟ883. reales para fin de Abril de 1644. o antes si vinieren los Galeones, difiriendo al juramento del dicho Don Benito el auer venido, o no, se sigue esta clausula: *Con declaracion que los 4ꝟ. reales que el dicho Don Benito de Santillana, y Hoyos debe pagar a mi el dicho Don Andres, por vna escritura presentada en el dicho pleyto, y conforme a la sentencia de remate en èl dada, se han de pa-*

gar,

gar, y satisfazer al dicho Don Andres en moneda de vellon al tiempo, y plaço que hiziere la paga de los dichos 18ʉ883. reales de plata, por ser, como es, cierta esta partida, y no auer sobre ella litigio. Quien aurà que no se ria de ver que vna obligacion in diem mas clara que el Sol la quieran hazer condicional contra el sentido literal de las palabras, y expressa voluntad de los contrayentes? Porque si quiere Don Andres que se le paguen los 4ʉ. reales al tiempo, y plaço que èl ha de hazer la paga de los 18ʉ883. y està obligado a hazerla para fin de Abril, luego cumplirase entonces la obligacion de Don Benito? Audi verba Gratiani: *Quia paria sunt aliquid esse certum per se, vel per relationem ad aliud*, l. si ita scriptum de hæred. instit. Gramatic. decis. 103. Gratian. disceptat 824. num. 1. in dict. verbis. Y esta inteligencia es tan literal, que sin adulterar las palabras de la transaccion, y violentar el animo de los contrayentes, no puede entenderse de otra forma, y se haze mas euidente quando la causa final de transiguir fue el apartarse del pleyto executiuo, y allanar, y quitar las dudas dèl, insertando todos los autos, o refiriendolos en dicha escritura, *vt respicerent totam transactionem, & ad illam totaliter influerent*, vt ex Gratiano loc. cit.

N. 35. Aun no tiene la referida clausula palabra alguna q̃ue aluda a condicion, para que siruiesse de disculpa al que tan sin razon quiere introduzirla, y si no, pues sabe fingir con aparIencias, finja la condicion con palabras, y se desengañarà de que es impossible formarla en esta clausula de transaccion, sine totali destructione substantiæ ipsius, porque si como dize en su peticion puso Don Benito la condicion de que no auia de pagar los 4ʉ. reales hasta el tiempo, y plaço que el dicho Don Andres le pagasse los 18ʉ883. no fuera contra la sustancia de la transaccion, y expressa voluntad del dicho Don Benito, que la condicion se cumpliera agora? Pues quisieron ambos contrayentes que el dia de la paga fuesse para fin de Abril de 1644. y no se puede presumir que siendo el dicho Don Benito quien puso la condicion, no quisiesse que se le pagasse entonces los 18ʉ838. reales, y no agora 30. años despues; y querer que vna disposicion sea condicional, y que no lo sean sus calidades, y circunstancias, es contra todo derecho, l. si quis aliam 46. ff. de solut. l. cum eiusdem 34. de ædilit. ædict. l. cum quæritur 14. de administ. l. fundi partem 79. de contrah. empt. ibi: *Nam hoc ipsum fundi pretium*

tium videtur, quod eo pacto venditus fuerit. Salgad. 2.part. cap. 6. num. 2. ibi: *Qualibet dispositio, & contractus qualificatus, & conditionatus dicitur indiuiduus, & vnicus cum suis qualitatibus non scindendus, & num. 33.* ibi: *Et quia cum pactum, & conditionis actus sit lex contrahentium ex vulgaribus iuribus, faciens actum videtur se submittere legibus loquentibus de ipso actu, & ad id quod ex actus natura dependet.* l. si duo de acquir. hæred. Surd. consil. 247. Castil. tom. 5. quæst. 86. num. 28. Y solamente pudiera ser condicional dicha clausula (segun el gusto de quien supone que lo es) si non fuisset dies adiecta solutioni principalis quantitatis videlicet de los 18ᵭ883. reales, pues no huuiera tiempo, ni plaço a que referirle en la paga de los 4ᵭ. reales, y entonces aun tuuiera menos derecho, porque se debieran luego ambas cantidades, ex regula vulgari, l. *in omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, præsenti die debetur*, ff. de reg. iur. y por ser tan manifiesta esta verdad nõ indiget maiori probatione, pero el estar extinguidos los 4ᵭ. reales, hemos de procurar probarlo por demonstraciones.

N. 36. Es constante que en esta escritura de transaccion deduxeron sus derechos, y acciones el dicho Don Andres, y Don Benito, y en virtud desta escritura (que es comun a ambos) cada vno ha de pedir segun la accion, y derecho que en ella tuuiere reseruada a su fauor. ¶ Pues pregunto: podra por este instrumento pedir Don Andres al dicho Don Benito los 4ᵭ. reales sin que le pagasse primero los 18ᵭ883? Ni el dicho Don Benito podria pedir los dichos 18ᵭ883. sin baxar dellos los 4ᵭ. reales al dicho Don Andres? Es cierto que no; porque en esta transaccion solo quedo viua la accion de Don Benito de poder pedir a Don Andres, o a su muger Doña Beatriz de Oualle, como fiadora in solidum los 18ᵭ883. reteniendo los 4ᵭ. reales, y sin poder ser condenado a pagar mas que el resto. Haze esta demonstracion el Iurisconsulto Paulo in l. verum 4. de comp. ibi: *Verum est quod Neratio placebat, & Pomponius, ait, ipso iure eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest; sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita & fideiussor non tenetur ipso iure ad maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest.* No ay palabra en el texto que no pruebe las circunstancias de nuestro caso, y estar extinguida la deuda de los 4ᵭ. reales, pues solo tiene Don Andres la retencion de ellos, por la cõpensacion ex

illis verbis: *Quod ex compensatione reus retinere potest*, y el Don Benito no tiene accion para pedir enteramente los 18ᵿ883. sino es solo para el resto, baxando los 4ᵿ. reales, ibi: *Sicut enim cum totum peto a reo, male peto*. Esta compensacion hecha tan expressamente por las partes en esta escritura, la declarò el Iuez en la sentencia de remate, quando executò Don Benito a los contrayentes el año de 1644. en que pide execucion por los 18ᵿ883. reales, menos los 4ᵿ. reales de vellon, y en la dicha sentencia de remate fue condenada la dicha Doña Beatriz, como fiadora, a pagar los 18ᵿ883. reales, baxandola los 4ᵿ. reales, conforme al pedimiento de execucion del dicho Don Benito, y a la decission del Iuriscons. Paulo, ibi: *Ita, & fideiussor non tenetur ipso iure ad maiorem quamtitatem, quam reus condemnari potest*. Y aunque la dicha Doña Beatriz de Oualle se opuso a la dicha execucion, no solo al mandamiento, y a la citacion de remate, sino es tambien a la execucion del apremio, y en todos los tres referidos tiempos pretendiò que se auian de traer a este concurso todos los autos de dicha execucion, por ser la dicha deuda dependiente del, y el dicho Don Benito acreedor, graduado en 4. lugar, y presentò testimonios, assi de la formalidad del concurso, como de la sentencia de graduacion, y en todos los tres referidos lances alegò lo mesmo, y opuso las mesmas excepciones, y en ellos se executoriò tres vezes en la Real Chancilleria de Granada, declarando no auer lugar la acumulacion a este concurso de dicha execucion, hecha contra la susodicha, y sus bienes, como fiadora, y demancomun deudora de los dichos 18ᵿ883. reales, porque no se pedia contra los bienes del dicho Don Andres de Hermosilla su marido, deudor concursado, sino es contra los de la susodicha, como obligada in solidum con el dicho su marido en la dicha transaccion.

N.37. Porque no cause a lo referido alguna confusion el hallar graduado al dicho Don Benito de Santillana en 4. lugar en el dicho concurso, y pretendiendo cobrar la mesma deuda de los 18ᵿ883. reales de los bienes del dicho Don Andres, se ha de aduertir, que en la dicha escritura de transaccion ay vna clausula a fauor del dicho Don Benito, que dize pueda vsar de los autos executiuos, y sentencia de remate dada, y pronunciada en la primera execucion contra el dicho Don Andres, año de 1641. (que fue sobre lo que cayò la dicha transaccion, otorgada el

año

año de 1643.) ò de la dicha transaccion en que la dicha Doña Beatriz de Oualle se obligò con su marido de mancomun; ò de ambos instrumentos a vn tiempo, ò de cada vno de por si, y sin que por vsar del vno se ha visto auer renũciado el vsar del otro, y en virtud desta clausula se valiò primero de la escritura de transaccion, executando por ella a los dichos sus deudores marido, y muger, el año de 1644. ante vno de los Alcaldes de la Chancilleria de Valladolid, por la clausula de sumission, y auiẽdose trauado en sus personas, y bienes, se dexò la execuciõ en este estado por auer muerto el dicho Dõ Benito, y despues el año de 1650. se formò el concurso a los bienes del dicho Don Andres, y en èl graduaron al dicho Don Benito en 4. lugar, en virtud de la sentencia de remate, y autos executiuos, hechos el año de 1641. arriba referidos, como consta de la sentencia de graduacion, fol. 515. sin que en el dicho concurso se valiesse de los autos de la segunda execucion que estaua pedida en virtud de la dicha transaccion contra el dicho Don Andres, y su muger, porque esta la prosiguiò el dicho Don Manuel su hijo el año de 1664. contra la dicha Doña Beatriz de Oualle, y sus bienes, especialmente hypotecados en dicha transaccion, y en este tiempo fue quando alegò, y opuso las excepciones arriba referidas, y presentò instrumẽtos, y sin embargo dellos se executoriò tres vezes en la Real Chancilleria de Granada, no auer lugar la acumulacion al concurso, como todo consta de los instrumentos presentados por la parte contraria, fol. 746. hasta fol. 752. de manera, que la sentencia de remate en que fue condenada la dicha Doña Beatriz a pagar los 18ʒ883. reales, baxando los 4ʒ reales, la diò el Iuez en la execucion desta transaccion, pedida el año de 1644 y se executoriò como està referido en la Real Chancilleria de Granada, y al tiempo de executarse el apremio en los bienes especialmente hypotecados por la dicha Doña Beatriz, por la cantidad del resto de los 18ʒ883. reales, baxados los 4ʒ. reales, se hizo otra segunda transaccion entre la dicha Doña Beatriz, como principal, y su hijo Don Iuã Antonio de Hermosilla, como fiador, y el dicho Don Manuel de Santillana, y en ella se obligaron a pagarle a ciertos plaços dos mil y quatrozientos ducados por el principal, y costas que se le debian, de forma, que la transaccion solo comprehendiò, y cayò sobre lo comprehendido en la sentencia de remate, que

H fue

fue el resto de los 18ꝟ883. baxandose los 4ꝟ. reales, como expressamente se contiene en la dicha vltima escritura de transacion, fol. 728. a la buelta: de donde se infiere con euidencia, que el dinero que oy pretende cobrar el dicho Don Manuel, no es del concurso, ni de bienes de Don Andres, porque los 4ꝟ. reales que el dicho Don Benito debia, por estar compensados en la primera transaccion, declarò el Iuez en dicha sentencia de remate, que se baxassen de los 18ꝟ883. Y siendo el resto desta cantidad la que pretende cobrar el dicho Don Manuel, no ay razon por donde pueda embaraçarlo el dicho Don Ioseph Loçano, porque los 4ꝟ. reales estan compensados, pues solo se transiguiò el resto que a Don Manuel se le debe, porque quien paga es Doña Beatriz, cuyos bienes no estàn concursados, ni es deudora del dicho Don Ioseph Loçano.

N. 38. Esto corre mas sin linage de duda, porque el acreedor no tiene mas derecho contra el deudor de su deudor, que la q̃ tenia el mismo deudor, Olea decis. iurium, tit. 4. quæst. 4. num. 15. ibi: *Creditorem qui experitur contra debitorem sui debitoris non aliter aliave forma agere potest quam ipse debitor agere deberet.* Et Cancer. 2. part. var. cap. 3. nu. 137. ibi: *Creditorem non posse plus iuris habere virtute suæ obligationis in exigendo debitore sui debitoris, quam habet debitor suus.* Gutierrez de Gauelis, quæst. 164. à num. 8. y si oy pidiera el dicho Don Andres los 4ꝟ. reales al dicho Don Benito, despues de auer opuestole en juyzio la compensacion dellos, y extinguido la dicha deuda expressamente en la transaccion, y declaradolo el Iuez en la execucion, y sentẽcia de remate della, fuera su peticion temeraria, & incideret in pœnam plus petentis, ex Gratiano discept. 728. num. 8. ibi: *Si opposita compensatione in iudicio, adhuc creditor persistat impetendo debitum iudicialiter, incidit in pœnam plus petentis temere, quod sibi non debetur*, l. eum qui temere de Iud. cap. 1. de plus petitionibus, Escobar de ratic. cōp. 14. num. 10. Barbos. in l. diuortio, §. ob donationes, num. 32. sol. matr. Y si el dicho Don Benito pidiera enteramente los 18ꝟ-883. reales, sin descontar, ni baxar los 4ꝟ. reales que auia compensado con el dicho Don Andres, eodem modo incideret in pœnam plus petentium ex text. in d. l. verum quam in hoc sensu interpretatur Pichard. §. bonæ fidei inst. de act. num. 42. in illis verbis: *Verus sensus dictæ legis verũ de cōpensationibus, est, adeo cōpensationem fieri iuris dispositione vt si creditor integram quantitatem petat*

tat sine deductione illius quæ debet compensari, incidit in pœnam plus petionis. De donde se infiere legitimamente, q̃ ni Don Benito podia pedir su deuda sin descontar los 4U. reales, ni Don Andres podia pedirlos al dicho Don Benito, por estar compensados, y extinguida la obligacion, pues como podrà pedirlos oy Don Ioseph Loçano, si habet causam à suo debitore?

N. 39. Con otra demonstracion se reduzirà a euidencia que el dicho Don Andres no tenia accion ninguna, ni derecho a pedir a Don Benito estos 4U. reales, por estar compensados en dicha transaccion, y si no respondame la parte contraria, si extante hac transactione, pagara Don Benito al dicho Don Andres los 4U. reales, que accion le compitiera al dicho Don Benito para recobrarlos? Si esta paga la hiziera Don Benito antes de la transaccion, non erat actio nec locus repetioni; porque como eran Don Andres, y Don Benito deudores, y acreedores ad inuicem ex diuersis causis, & obligationibus, vnusquisque habebat suam causam separatam ex text. in l. 3. de separat. Y assi auiendo pagado Don Benito lo que debia, y le podia pedir Don Andres por su obligacion, no podrà repetirlo, porque le queda ilæsa a èl, la accion pedir a Don Andres su deuda, ex expresso textu in l. si cum dos ff. rer. à mot. ibi: *Qui soluit quod debet, non prohibetur petere quod sibi debetur.* Ioan. Bapt. Acosta de retrotractione, casu 4. cap. 9. num. 6 Y tiene menos duda la pregunta, extante transactione, porque como en ella deduxeron todas sus acciones, era precisso que por ella se confundiessen, quia non potest dari actio, & passio in vna eadem persona ex l. neque pignus ff. de reg. iur, Negusantius de pignor. 3. memb. part. 2. ex num. 21. 22. Gaito de credit. cap. 4. quæst. 7. ex num. 328. compensandose, y extinguiendose la deuda de los 4U. reales, por ser menor, en la de los 18U883. reales, resultando della sola la accion de Don Benito para cobrar el resto de los 18U883. reales, baxados los 4U. reales, y en este caso, si pagara de hecho, el dicho los 4U. reales a Don Andres, le compitiera la condicion indebiti, porque no se los debia por estar compensados, y extinguidos en dicha transaccion, y no tener accion para pedir enteramente sus 18U-883. textus singularis à contrario sensu in l. qui inuicem, 3. de cond. indeb. ibi: *Qui inuicem creditor, ipse, qui debitor est in casibus in quibus compensatio locum non habet, si soluit, non habet conditionem, veluti indebiti soluti, sed sui crediti repetitionem.* Luego en nuestra

ques-

question, donde no solo se admite compensacion, por ser las deudas liquidas, y exigibles, sino es que estaua ya hecha virtute transactionis le competirà la condicion indebiti, la qual no cõpitiera al dicho Don Benito si el dicho Don Andres tuuiera en la dicha deuda qualquiera accion, aunque fuera sola la que nace de obligacion natural, l. indebiti, l. naturaliter ff. de cond. indeb. y en terminos de paga hecha post celebratam transactionem, l. eleganter 23. §. si quis, cod. tit. ibi: *Dolo enim facit qui contra transactionem expertus, amplius petit.* Y ansi no teniendo accion ninguna en la dicha deuda el dicho Don Andres, porque quedò extincta en la transaccion, menos la podrà tener el dicho Don Ioseph Loçano, qui habet causam à suo debitore, qui tempore legitimo debitum compensabit cum suo creditore.

N.40. El estar extinguido, y compensado (hoc debitoris nomen) en tiempo tan habil, y legitimo, que ningun acreedor del dicho Don Andres tuuo adquirido derecho en èl, ni pudo embaraçarlo, queda probado en todos los articulos antecedentes con razones, textos, y doctrinas, reduzidas à demonstraciones euidẽtes, y porque indiuidualmente tratan exprofesso el punto principal deste pleyto con todas sus circunstancias Scacia de commer. §. 2. gloss. 5. ex nu. 423. Gaito de credit. cap. 4. quæst. 7. ex num. 328. Carleu. de iud. tom. 2. cap. 27. per totum, Salgad. in laber. 2. part. cap. 28 No me detengo en èl, solo aduertirè que los tres primeros DD. defendunt neruissime huiusmodi compensationem fieri potuisse formato, & extante concursu etiam in præiuditium anteriorum creditorum, at vero Salgad. loco citato moleste fert prædictam opinionem, sed tamen eidem annuit, & assentit fœdere distinctionis, videlicet vt fiat ipso iure compensatio in præiuditium anteriorum creditorum quando fit inter creditorem, & debitorem tantum, idest, antequam creditores habeant ius quæsitum in nomine sui debitoris, vel per litis contestationem, vel denuntiationem, aut per illa requisita legis tertiæ, cod. de nouationibus, aut quando est formatus concursus, & in hoc sensu tanquam materiam subiectam sui laberinti disputat hanc quæstionẽ vt expresse in num. 37. & 38. ibi: *Solutio non potest fieri in bonis debitoris communis posteriori creditori in præiuditium anterioris, ergo nec compensatio.* Et num: 46. ibi: *In illo nomine debitoris tunc existente in bonis debitoris communis,* & num. 50. ibi: *Quia facultas recipiendi solutionem remanet penes ipsum debi-*

debitorem, demptis illis tribus casibus de quibus late, 1. part. cap. 27. ex num. 46. versic. *Nunc tractandum*. Y estos tres casos son las tres limitaciones de l. 3. C. de nouat. & idem Salgad. 3. part. cap. 6. §. vnico num. fin. qui se ipsum refert ad locũ supra citatum. Con que todos estos DD. vnanimiter canonizan nuestro caso specifico, y en fauor del dicho Don Manuel de Santillana.

N. 41. Los fundamentos de que se vale en este pleyto Don Ioseph Loçano arguyen su poca justicia, pues quiere cautelosamente fundarla en imaginarias ilusiones, fingiendo vna condicion en el primero contracto de transaccion que se celebró, aut pure, aut in diem, y en la segunda transaccion negando auerse mencionado la deuda de los 4ꝟ. reales, y se hallarà en el fol. 728. que se mandan baxar de los 18ꝟ883. en la sentencia de remate por expressas palabras; y contra toda verdad supone ser bienes del concurso de los de Don Andres (hoc debitoris nomen) y con vnas aparentes, y captiosas vozes de estar graduado en primer lugar, y Don Benito de Santillana en el quarto, y que quiera cobrar primero, en perjuyzio de su anterioridad (& sonitu verborum attento) no me admiro se ayan persuadido muchos a que tenia justicia, porque con la apariencia destas vozes pretendiò obscurecer la verdad, y como Dios es padre della quiere que la tratemos con sinceridad, y llaneza, cap. & si Christus de iureiur. ibi: *Sit vester sermo, est, est, non, non*. Y la Iglesia canta en vn Hymno, *Nihil loquamur subdolum, voluamus obscurum nihil*. Y San Agust. in lib. 3. confession. ait: *Sunt qui se ducunt, honesto, & apparenti sermone, colorantes, & fucantes mendacium*. Et non solum est mendax qui mendatium dicit sed qui veritatem occultat cap. 1. de crimine falsi, ibi: *Vterque reus est, & qui veritatem occultat, & qui mendatium dicit*. Y ansi ha permitido Nuestro Señor que los fundamentos de que se ha valido para obscurecerla, essos mesmos no solo ayan seruido de aclararla, sino es tambien de instrumentos para conuencerle, pues con los que ha presentado en este pleyto para su intento ha probado Don Manuel su justicia, y todas las razones que alega en su defensa se han retorcido contra èl, y estos efectos son muy conformes a la justicia de Don Manuel, y su derecho vt tenet Cassiod. lib. 5. Epist. in illis verbis *Ius enim exigit sagitas fraudis, redire, in dolosum verticem sagitantis*. Queda la parte del dicho Don Ioseph tan notoriamente conuencida, que no se necessita de oponerle la excepcion de

 cosa

cosa juzgada de las executorias ganadas en la Chancilleria de Granada contra Doña Beatriz de Oualle, sobre esta mesma deuda, y con pleno conocimiento de las mesmas excepciones, y fundamentos de que el dicho se ha valido en este juyzio, como consta de los testimonios con relacion de autos de la transaccion vltima que tiene presentada en este pleyto, fol. 719. vsque ad 736. Y ansi espera Don Manuel de Santillana de la justificacion, y rectitud de V. S. se ha de seruir de mandar alçar el embargo hecho, poniendo perpetuo silencio al dicho Don Ioseph, condenandole, no solo en las costas de lo que tan sin razon ha hecho gastar al dicho Don Manuel, sino es tambien en las penas de los que con temeridad piden lo que no se les debe. Salua tanti Senatus censura.

El Lic. Don Iuan de Escobar, y Porras.